

VU Research Portal

Hoge Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit (en stelt geen prejudiciële vragen)

Boulogne, G.F.

published in

Weekblad voor fiscaal recht
2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Boulogne, G. F. (2012). Hoge Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit (en stelt geen prejudiciële vragen). *Weekblad voor fiscaal recht*, 2012(6970), 1260-1264.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HOGE RAAD LEGT REIKWIJDTE REORGANISATIEFACILITEITEN TE ENG UIT (EN STELT GEEN PREJUDICIËLE VRAGEN)

MR. G.F. BOULOGNE¹

1 Inleiding

De reorganisatiefaciliteiten in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969² vormen de nationaalrechtelijke implementatie van de EU-fusierichtlijn.³ Deze bepalingen dienen daarom richtlijnconform te worden uitgelegd. Dit geldt niet alleen bij grensoverschrijdende reorganisaties, maar ook wanneer het zuiver interne reorganisaties betreft. De Nederlandse wetgever heeft reorganisaties die onder de richtlijn vallen en reorganisaties die daar niet onder vallen namelijk "op nauwkeurig identieke wijze (...) geregeld".⁴ Een letterlijke uitleg volstaat hierbij niet (al tijd). Ook het doel van de EU-fusierichtlijn – het weg nemen van fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende reorganisaties zolang heffingsrechten worden veiliggesteld – moet in ogenschouw worden genomen.

In een tijdsbestek van minder dan een jaar heeft de Hoge Raad in drie arresten⁵ geoordeeld over de reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten. Daarbij wendde de Hoge Raad zich steeds tot een EU-fusierichtlijnconforme

uitleg van die bepalingen. Hoewel de Hoge Raad in beginsel verplicht is de uitleg van het Europese recht over te laten aan het Hof van Justitie EU – op deze hoofdregel bestaat slechts een uitzondering in het geval van een *acte claire* of een *acte éclairé* – werden in geen van de drie arresten prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU. Dit wekt verbazing want het Hof van Justitie EU had zich nooit eerder over deze materie uitgelaten en geheel *claire* leek de stof ook al niet. Dit laatste blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de Hoge Raad in twee arresten een andere weg insloeg dan A-G Wattel.

Hierna bespreek ik deze drie arresten. Ik laat hierbij zien dat de Hoge Raad tot een te enge uitleg van de reorganisatiefaciliteiten kwam doordat hij onvoldoende oog had voor het doel van de EU-fusierichtlijn. Daarnaast geef ik aan dat de Hoge Raad in het arrest van 24 februari 2012 voorbijging aan aanwijzingen in het buitenlandse (lees: Duitse) recht en in een conclusie van A-G Sharpston die erop duiden dat een andere uitkomst de juiste is. De Hoge Raad lijkt daarmee onvoldoende zorgvuldig tot een *acte claire* te hebben geconcludeerd. Tot slot betoog ik dat de Hoge Raad in het arrest van 29 juni 2012 het in acht te nemen evenredigheidsbeginsel onjuist toepast bij de uitleg van de antimisbruikbepaling in de EU-fusierichtlijn.

2 HR 28 oktober 2011

Het ging in deze zaak om een coöperatie met drie leden (A Coöp) die zich bezighield met het beheren van onroerende zaken en het exploiteren van een administratie- en belastingadvieskantoor. A Coöp wilde de administratie- en belastingadvieswerkzaamheden in een

¹ Auteur is als docent/onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij PwC (Amsterdam, AEX-Midkap Group).

² Relevante wetbepalingen zijn onder meer art. 3.55-3.57 en art. 4.41-4.42 Wet IB 2001 en art. 14-14b Wet VPB 1969.

³ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009.

⁴ HR 4 februari 1998, nr. 30 074, BNB 1998/176.

⁵ HR 28 oktober 2011, nr. 10/04618, BNB 2012/4; HR 24 februari 2012, nr. 10/04792, BNB 2012/130, en HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, NTFR 2012/1695.

aparte entiteit onderbrengen.⁶ Met dat doel voor ogen werd een tweede coöperatie (B Coöp) opgericht, met als leden A Coöp en de drie leden van A Coöp (A Coöp werd voor 10% gerechtigd tot het vermogen en de jaarwinst van B Coöp). Vervolgens werd het klantenbestand van het administratie- en belastingadvieskantoor, dat een zelfstandig onderdeel van een onderneming vormde, overgedragen aan B Coöp. De vraag was of A Coöp voor de overdrachtswinst een beroep kon doen op de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Hof Arnhem oordeelde – in de woorden van de Hoge Raad – dat “de overdracht van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming tegen uitreiking van lidmaatschapsbewijzen ‘at arm’s length’ dient te geschieden, dat dit inhoudt dat de overdracht van het klantenbestand en de daartegenover staande tegenprestatie gelijkwaardig dienen te zijn en dat de uitreiking van één lidmaatschapsbewijs geen gelijkwaardige tegenprestatie vormt aangezien belanghebbendes belang in het klantenbestand is afgenomen van 100 percent naar 10 percent”.⁷ Het Hof verwierp daarom het beroep van A Coöp op de bedrijfsfusiefaciliteit. Ook de Hoge Raad oordeelde dat onder deze omstandigheden artikel 14, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen toepassing kan vinden. A-G Wattel had uit de wettekst van artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (“de belastingplichtige die (...) overdraagt (...) tegen uitreiking van aandelen in de overnemer (...)”)⁸ afgeleid dat het voor een bedrijfsfusie nodig is dat tegenover de inbreng van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming aandelen of lidmaatschapsrechten worden uitgereikt *aan de inbrenger*, dus niet aan anderen. Omdat het verkregen lidmaatschapsrecht A Coöp recht gaf op een belang van ongeveer 10% van het vermogen in B Coöp, concludeerde A-G Wattel dat de overdracht van het klantenbestand voor slechts dat percentage kon worden aangemerkt als een bedrijfsfusie. Voorwaarde was dat het Hof zou vaststellen dat dit deel van het klantenbestand als een zelfstandig onderdeel van een onderneming kwalificeert.

In deze zaak bestond een flinke wanverhouding tussen de waarde van het klantenbestand en de waarde van het verkregen lidmaatschapsrecht in B Coöp. De weigering van de bedrijfsfusiefaciliteit oogt daarom weinig problematisch. Indien de eis van een gelijkwaardige tegenprestatie echter even star wordt toegepast bij *bedrijfsfusies* waarbij de waarde van de tegenprestatie in de buurt

komt van, maar niet volstrekt gelijk is aan, de waarde van de overgedragen vermogensbestanddelen, lijkt volledige weigering van de bedrijfsfusiefaciliteit een onevenredige sanctie te vormen. Daarnaast is mij niet duidelijk of de Hoge Raad inziet dat de uitreiking van minder waardevolle aandelen of lidmaatschapsrechten soms berust op een zakelijke afspraak en dan *at arm’s length* is.⁹ In zulke gevallen zou een (gedeeltelijke) doorschuiving van boekwaarden mogelijk moeten zijn.

3 HR 24 februari 2012

In de casus van het tweede arrest droeg belanghebbende een klein aandelenbelang¹⁰ in een bv over aan een coöperatie waarvan hij lid was, tegen een bijschrijving op zijn ledenrekening. Er kon geen tweede lidmaatschapsrecht aan belanghebbende worden uitgereikt, omdat hij al een bestaand lid van de coöperatie was.¹¹ De vraag rees of belanghebbende recht had op een doorschuiving van boekwaarden op grond van artikel 3.55 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (aandelenfusiefaciliteit). De Hoge Raad overwoog in algemene zin dat de EU-fusierichtlijn de Nederlandse wetgever niet dwingt om civielrechtelijk mogelijk te maken wat fiscaalrechtelijk mogelijk is. Daarna stelde de Hoge Raad vast – op basis van een EU-fusierichtlijnconforme interpretatie van artikel 3.55, tweede lid, onderdeel a, van de Wet inkomstenbelasting 2001 – dat een *coöperatie* kan worden aangemerkt als een *vennootschap* in de zin van die bepaling. Op basis van een letterlijke lezing van de definitie van aandelenruil in (GFB: het huidige) artikel 2, onderdeel e, van de EU-fusierichtlijn concludeerde de Hoge Raad vervol-

6 A Coöp was hiertoe genoodzaakt omdat de gedrags- en beroepsregels van de Nederlandse Orde van Administratie- en Belastingdeskundigen en het College Belastingadviseurs niet toestaan dat deze twee bezigheden vermengd worden.

7 HR 28 oktober 2011, nr. 10/04618, BNB 2012/4, r.o. 3.3.

8 Concl. A-G Wattel van 7 juni 2011, nr. 10/04618, r.o. 7.7.

9 Zie W. Nijssen & H. van Waveren, ‘De gelijkwaardige tegenprestatie en de aandelenfusiefaciliteit van artikel 3.55 Wet inkomstenbelasting 2001’, *Fiscale berichten voor het notariaat* 2012/40, p. 15. Zij betogen (met betrekking tot een aandelenfusie) dat een niet-gelijkwaardige tegenprestatie denkbaar is indien de verkrijgende vennootschap een negatief eigen vermogen heeft, bijvoorbeeld vanwege een onderdekking van een pensioenverplichting of een afwaardering van onroerend goed. Er zouden dan zakelijke redenen denkbaar zijn voor de inbreng van aandelen in een andere vennootschap om de vermogenspositie van de vennootschap met het negatieve eigen vermogen te versterken.

10 24 van de 3000 aandelen. De deelnemingsvrijstelling was op dit belang niet van toepassing.

11 In HR 28 oktober 2011, nr. 10/04618, BNB 2012/4, was de uitreiking van een lidmaatschapsrecht aan een bestaand lid van een coöperatie civielrechtelijk wél mogelijk. Een mogelijke verklaring voor deze ogenschijnlijke discrepantie zou kunnen zijn dat in de praktijk twee soorten coöperaties voorkomen: coöperaties met een quasi-aandelenkapitaal (uitreiking van lidmaatschapsrechten is gewoon mogelijk) en coöperaties zonder quasi-aandelenkapitaal (uitreiking van lidmaatschapsrechten is niet mogelijk).

gens dat het "niet voor twijfel vatbaar is" dat de richtlijngever het oog heeft gehad op lichamen "met een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal". De Hoge Raad vervolgde dat "(d)e wettelijke bepalingen die gelden voor een coöperatie naar Nederlands recht (...) niet (inhouden) dat deze rechtspersonen uit hoofde van zijn wettelijke structuur een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal heeft". Aan de eis van uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid is volgens de Hoge Raad niet voldaan bij een coöperatie, tenzij via "een daartoe strekkende andersluidende eigen statutaire regeling" daarin voorzien is. De Hoge Raad kwam tot de slotsom dat Rechtbank Haarlem terecht geen aandelenfusie in de zin van artikel 3.55 van de Wet inkomstenbelasting 2001 aanwezig had geacht. Hoewel de door de Hoge Raad gekozen redenering afwijkt van die van A-G Wattel in zijn conclusie, wordt uiteindelijk dezelfde uitkomst bereikt.¹² A-G Wattel had geconcludeerd dat een lidmaatschapsrecht in een coöperatie kwalificeert als een *aandeel* in de zin van artikel 3.55, tweede lid, onderdeel a, van de Wet inkomstenbelasting 2001, maar hij meende dat fiscale begeleiding *in casu* afstuitte op het ontbreken van een *uitreiking*. Dit verschil in benadering lijkt triviaal, maar het leidt wel degelijk tot verschillende uitkomsten indien een belastingplichtige bij *oprichting* van een coöperatie¹³ een meerderheidsbelang overdraagt aan die coöperatie tegen *uitreiking* van een lidmaatschapsrecht. In zo'n geval zou de Hoge Raad geen kwalificerende aandelenfusie aanwezig achten (een lidmaatschapsrecht in een coöperatie is geen aandeel of bewijs van deelgerechtigdheid), terwijl daarvan wel sprake zou zijn in de visie van A-G Wattel (een lidmaatschapsrecht in een coöperatie is een aandeel of bewijs van deelgerechtigdheid én er is sprake van een uitreiking).

.....

"Een punt van kritiek is dat de Hoge Raad te sterk leunt op een letterlijke uitleg van artikel 2, onderdeel e, van de EU-fusierichtlijn"

.....

12 Concl. A-G Wattel van 24 juni 2011 bij nr. 10/04792. Zie tevens mijn annotatie bij Rb. Haarlem 23 september 2010, nr. 08/07439, FED 2010/117 (deze uitspraak leidde, via *sprongcassatie*, tot het beschreven arrest).

13 Het betreft hier uiteraard een coöperatie die niet via een eigen statutaire regeling een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal heeft.

Met zijn enge uitleg van de definitie van aandelenruil in artikel 2, onderdeel e, van de EU-fusierichtlijn werpt de Hoge Raad een dam op tegen fiscale begeleiding bij reorganisaties waarbij een lichaam zonder "een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal" betrokken is. Het lijkt mij dat dit criterium op dezelfde wijze moet worden ingevuld als bij de derde vraag in het Besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden.¹⁴ In dat geval blijkt dat Bijlage I, deel A, bij de EU-fusierichtlijn diverse niet-kwalificerende rechtsvormen bevat, waaronder de Belgische CV/SCS en de Franse SNC.¹⁵ In dit verband kan een uitstapje gemaakt worden naar de Moeder-dochterrichtlijn,¹⁶ waarvan in 2003 de lijst van de onder die richtlijnen als moedermaatschappijen/dochterondernemingen vallende vennootschappen is uitgebreid met o.a. bepaalde coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en andere niet op kapitaal gebaseerde vennootschappen. Hoewel artikel 3, eerste lid, onderdeel a, van de Moeder-dochterrichtlijn de hoedanigheid van moedermaatschappij slechts toekent aan een vennootschap die een deelneming van ten minste 10% bezit "in het kapitaal van" de dochteronderneming, is het volgens A-G Sharpston "uiteraard (...) bepaald¹⁷ dat een aandeelhouder van een dergelijke vennootschap kan worden aangemerkt als bezitter van een 'deelneming (...) in het kapitaal' daarvan (...) ook al bezit hij geen deelneming in het kapitaal van de dochteronderneming in de gewone betekenis van het woord".¹⁸ Een punt van kritiek is daarom dat de Hoge Raad te sterk leunt op een letterlijke uitleg van artikel 2, onderdeel e, van de EU-fusierichtlijn en verder geen aandacht besteedt aan een teleologische uitleg van die bepaling. Vanuit het doel van de EU-fusierichtlijn beschouwd is niet relevant of de bij de aandelenruil betrokken vennootschappen "een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal" hebben. Slechts van belang is of heffing bij toekomstige vervreemding van het lidmaatschapsrecht verzekerd is. *In casu* lijkt mij aan die eis voldaan. Met betrekking tot de vraag welke uitleg prevaleert (de letterlijke of de teleologische) wijs ik erop dat het Hof van Justitie EU diver-

14 Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749: "(h)eeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?"

15 Dit betekent overigens niet dat opname van deze rechtsvormen in de bijlage overbodig is; lichamen met deze rechtsvormen kunnen immers ook in een andere rol dan die van ontvangende, verworven of verwervende vennootschap betrokken zijn bij een grensoverschrijdende reorganisatie.

16 Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003.

17 In het Engels: "(i)t is evidently envisaged that".

18 Concl. A-G Sharpston, nr. C-48/07, punt 59 (*Les Vergers du Vieux Tauves*).

se arresten heeft gewezen waarin van een letterlijke interpretatie werd afgeweken wanneer deze uitleg strijdig bleek met het kennelijke doel van een bepaling.¹⁹ Uit andere rechtspraak blijkt echter dat het Hof van Justitie EU vasthoudt aan een letterlijke interpretatie wanneer een bepaling duidelijk en ondubbelzinnig is.²⁰ Gezien dit kennelijke gebrek aan houvast, had de Hoge Raad vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie EU over de uitleg van artikel 2, onderdeel e, van de EU-fusierichtlijn.

Het is daarnaast twijfelachtig of alle hoogste rechters in de EU-lidstaten (waaronder het Hof van Justitie EU) de enge uitleg door de Hoge Raad zouden hebben gevolgd. Zo kan op grond van de Duitse aandelenruilfaciliteit in §21 van de *Umwandlungssteuergesetz* 2007 een "Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft" een "übernehmende Gesellschaft" zijn, in welk geval de "Gewährung neuer Anteile" vereist is. Een *Erwerbs- of Wirtschaftsgenossenschaft*, genoemd in paragraaf f van de bijlage bij de EU-fusierichtlijn, kan onder het Duitse recht daarom als verwervende vennootschap bij een aandelenfusie betrokken zijn. Vanwege zijn overeenkomst met een Nederlandse coöperatie²¹ kan hij dat volgens de Hoge Raad waarschijnlijk echter niet.²² Dit kan uiteraard betekenen dat de Duitse wetgever (en de Duitse rechter) een ruimer bereik toekent aan de aandelenruilfaciliteit dan strikt noodzakelijk is, maar het kan ook inhouden dat een Duitse rechter het begrip "uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid in het kapitaal" ruimhartiger uitlegt dan de Hoge Raad. In dat geval zou de Hoge Raad ten onrechte hebben gemeend dat sprake was van een *acte claire* of *acte éclairé*.

4 HR 29 juni 2012

X bv was een onroerendezaaklichaam waarvan de aandelen in handen waren van twee broers, B en C. De twee broers hadden het voornemen om X bv te splitsen in F bv (met B als enig aandeelhouder) en G bv (met C als enig aandeelhouder). F bv zou de onroerende zaak verkrijgen, terwijl G bv enkel liquiditeiten zou verkrijgen. Feitelijk zou broer C dus worden uitgekocht. Voorafgaande aan de voorgenomen splitsing verzocht X bv de inspecteur op grond van (GFB: het huidige) artikel 14a, achtste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te bevestigen dat de splitsing niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De inspecteur beschikte afwijzend op dit verzoek. Het hof oordeelde dat de inspecteur terecht dat standpunt had ingenomen. Ter beoordeling van de juistheid van dit oordeel distilleerde de Hoge Raad allereerst in één lange rechtsoverweging (r.o. 3.3.2) de door het Hof van Justitie EU aangereikte handvatten bij de uitlegging van (GFB: het huidige) artikel 15, eerste lid, onderdeel a, van de EU-fusierichtlijn. Van belang hierbij is dat de Hoge Raad r.o. 50 uit het arrest-Zwijnenburg aanhaalt:²³ "enkel de belastingen waarop richtlijn 90/434 uitdrukkelijk betrekking heeft, (kunnen) in aanmerking (...) komen voor de daarbij ingevoerde faciliteiten en (vallen) dus binnen de werkingssfeer van de uitzondering voorzien in artikel 11, lid 1, sub a, van de genoemde richtlijn". De Hoge Raad vatte de leer van het Hof van Justitie EU als volgt samen: "ontwijking van belastingheffing (valt) slechts dan onder het anti-misbruikvoorbepaald indien de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met strekking van de Richtlijn. Dit motief kan ook zijn gelegen in een uitstel van belastingheffing". De Hoge Raad verwees vervolgens naar het oordeel van het Hof, dat had geoordeeld dat de voorgenomen splitsing in overwegende mate gericht was op het uitstellen van directe heffing van inkomstenbelasting en dat X bv andere doelen voor de splitsing (bijvoorbeeld het splitsen vanwege een ondernemingsbedreigende ruzie tussen de broers of het faciliteren van een bedrijfsopvolging) niet aannemelijk had gemaakt. Dit oordeel, dat inhield dat sprake was van het zodanig uitstellen van belasting dat strijd met doel en strekking van de Richtlijn ontstaat, was volgens de Hoge Raad juist.

Er valt het nodige af te dingen op het oordeel dat het uitstellen van de door broer B verschuldigde aanspraak op belastingheffing "ontgaan of uitstellen van belastingheffing" in de zin van artikel 14a, achtste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vormt. A-G Wattel

19 Zie o.a. HvJ EG 28 februari 1980, nr. 67/79, r.o. 7-9 (*Waldemar Fellinger*), en HvJ EG 9 januari 2003, nr. C-292/00, r.o. 24 (*Davidoff*).

20 Zie o.a. HvJ EG 23 maart 2000, zaken C-310/98 en C-406/98, r.o. 32 (*Hauptzollamt Neubrandenburg*).

21 Zie par. 3.4 van het (ingetrokken) Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, Stcrt. 2005, 14.

22 Ik ben me bewust van de mogelijkheid dat een Duitse Genossenschaft aandelen uitdeelt en daarmee mogelijk valt onder de door de Hoge Raad genoemde uitzondering voor het geval in de uitreiking van aandelen is voorzien via een daartoe strekkende eigen statutaire regeling. Volgens R.C.J. Galle, 'De Societas Cooperativa Europaea (SCE)', *TvOB* 2006/1, p. 13-20, heeft de uitgifte van aandelen bij een Genossenschaft overigens niet veel om het lijf, in feite gaat het hierbij om het betalen van entreegeld. Zie ook J.T.L. Nillesen, *Belastingheffing van coöperaties (Fed Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 43.

23 HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08, r.o. 50 (*Zwijnenburg*).

schonk hierover klare wijn:²⁴ "(...) het gestelde ontgaan van aanmerkelijk-belangheffing, dat wél een grond voor weigering van faciliteiten kan opleveren, (moet) bestreden worden door weigering van uitstel in de inkomstenbelasting en niet door weigering van uitstel in de vennootschapsbelasting, nu bestrijding door middel van weigering van uitstel in de vennootschapsbelasting willekeurig is, daarmee EU-rechtelijk onaanvaardbaar is en daarmee ook internrechtelijk onaanvaardbaar is". A-G Wattel laat hiermee terecht zien dat het evenredigheidsbeginsel, dat bij het toepassen van de antimisbruikbepaling in de EU-fusierichtlijn in acht moet worden genomen,²⁵ niet alleen ziet op de vraag of het beoogde doel op de minst verstrekkende wijze wordt bereikt, maar bovenal op de vraag of het gekozen middel geschikt is om dat doel te bereiken. Weigering van een doorschuiffaciliteit op *vennootschapsniveau* is geen geschikt middel om ongewenst uitstel op *aandeelhoudersniveau* te bestrijden; zo wordt immers de verkeerde stille reserve bij de verkeerde persoon getroffen.²⁶ Daarnaast, hoewel de Hoge Raad dit wél lijkt te suggereren, volgt uit Zwijnenburg *niet* dat een lidstaat de ontwijking van een door de EU-fusierichtlijn bestreken belasting door een bij de splitsing enzovoort, betrokken vennootschap of aandeelhouder mag aangrijpen om de voor een andere vennootschap

of aandeelhouder bedoelde faciliteit te weigeren. Het Hof van Justitie EU oordeelde in Zwijnenburg slechts dat een lidstaat zich niet kan beroepen op artikel 15, eerste lid, onderdeel a, van de EU-fusierichtlijn om de ontwijking van een niet onder die richtlijn vallende belasting (overdrachtsbelasting) tegen te gaan. Over de evenredige toepassing van de antimisbruikbepaling bij belastingen die wél onder de EU-fusierichtlijn vallen, hoefde het Hof van Justitie EU zich niet uit te laten.

5 Tot slot

In de drie hierboven besproken arresten had de Hoge Raad naar mijn mening de door A-G Wattel uitgezette koers moeten volgen. Dat zou hebben geleid tot een interpretatie van de reorganisatiefaciliteiten die meer recht doet aan doel en strekking van de EU-fusierichtlijn. De Hoge Raad koos er echter voor om belangrijke begrippen uit die richtlijn (o.a. "tak van bedrijvigheid", "vennootschap", "bewijzen van deelgerechtigdheid") zelfstandig uit te leggen. Hij maakte hiermee de behoorlijk zelfverzekerde inschatting dat de gekozen oplossing ook "evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie".²⁷ De beantwoorde rechtsvragen waren – naar ik meen – echter geen *actes claires* of *actes éclairés*. De Hoge Raad had daarom prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie EU.

24 Concl. A-G Wattel van 15 februari 2011 bij nr. 10/00807, punt 10.12.

25 HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, r.o. 43 (*Leur-Bloem*).

26 Concl. A-G Wattel van 15 februari 2011 bij nr. 10/00807, punt 10.11.

27 Zie HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, r.o. 16 (*Cilfit*).